

5271 SAYILI CEZA MUHADEMESİ KANUNU ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mustafa ÖZEN*

4.4.1929 tarihinde kabul edilip 20.4.1929 tarihinde yürürlüğe giren 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, yaklaşık 75 yıl yürürlükte kalmıştı. Sosyal ihtiyaçların ve buna bağlı olarak toplumun değişmesi aynı zamanda hukukun ve kanunların değişmesini gerektirmektedir. 75 yıllık bir süreç zarfında kanunun ilk şekli üzerinde birçok değişiklik ihtiyacı doğmuş ve bu ihtiyaca binaen bazı değişiklikler yapılmıştır. Ancak, son yıllarda başlayan Avrupa Birliğine giriş süreci kapsamında toplu olarak bir yenilenme düşüncesi hasıl oldu ve buna bağlı olarak da, Ceza Kanunu, Ceza İnfaz Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yeni baştan bir değişikliğin yapılması gerektiği düşüncesiyle bu alanlarda çalışmalar başladı. Bu çalışmalar, gerek öğreti (doktrin) ve gerekse uygulamadaki deneyimli kişiler tarafından uzun bir alt yapı çalışmaları neticesinde oluşturulan ortak aklın ürünü olması gerekirken maalesef böyle olmadı ve her üç kanunda aceleye getirildi. Bu durum, doğası gereği ister istemez bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Biz bu çalışmamızda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tespit ettiğimiz ve ilerde sorun yaşanması ihtimali bulunan bazı noktalara ilişkin görüşlerimizi belirteceğiz.

1. 45. maddede, *“Tanıklıktan çekinme”* halleri düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrası, *“Tanıklıktan çekinebilecek kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkraya bakıldığında tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselerin, ne zamana kadar bu haklarını kullanabileceklerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Duruşmanın ilk aşamasında tanıklıktan çekinme hakkını kullanmak istemeyerek tanıklık tanık, diğer tanık ve

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlisi.

bilirkişiler dinlendikten sonra veya son söz sanığa verildikten sonra ben tanıklıktan çekinmek istiyorum diyebilecek midir? Kanun metninin lafzına bakıldığında,

“*dinlenirken*” ifadesi kullanıldığı için ve yukarıda değinilen hallerde tanık dinlenme aşamasında olmadığı için bu mümkün gözüküyor gibi bir izlenim doğmaktadır. Çünkü dinleme kurul olarak aralıksız yapılan bir muhakeme sürecini kapsar. Bu açıdan bakıldığında, ceza muhakemesinin amacıyla bağdaşır bir çözüm yolu olması açısından, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselerin hüküm kesinleşinceye kadar tanıklıktan çekinebilmelerine açıkça yer verilmesi yerinde olurdu.

2. 75. maddede, “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” düzenlenmiştir. Bu düzenleme, önceki yasada olmayıp ilk defa bu yasada yer almıştır. Bu düzenleme ile sanık veya şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamak koşuluyla, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla sanık veya şüpheli üzerinde iç beden muayenesi yapılabilecek veya vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük ya da kan gibi örnekler alınabilecektir. Bu düzenleme, Anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasıyla getirilmiş olan savunma hakkına ters düşülmüştür. Yani sanığın kendisini savunma hakkı kısıtlanmakta hatta ortadan kaldırılmaktadır.¹ Ayrıca bu düzenleme, CMK’nın 48. maddesinde düzenlenen tanığın “*Kendisi veya yakınları aleyhinde tanıklıktan çekinme*” hakkını düzenleyen maddeyle çelişki içindedir. Gerçekten adı geçen maddede, tanığa kendisi veya 45. maddede belirtilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten kaçınma hakkı vermektedir. Bu imkanın suçun faili olmayan bir kimseye tanınmakta iken, suçun faili olan bir kimseye tanınmaması açık bir çelişkidir. Çünkü bu hüküm, bir savunma hakkının kullanılması şekillerinden biridir. Daha henüz, hakkında ceza kovuşturması başlamamış, ilerde beyanına dayanılarak kovuşturma başlatılma ihtimali doğabilecek tanığa bu hak tanınmasına rağmen, suçta delil olabilecek bir bulgunun (delilin) elde edilmesinde, sanık veya şüpheliye kendileri aleyhine delil olabilecek böyle bir bulgunun elde edilmesine rıza göstermeme hakkının tanınmaması çelişki doğurur. Böyle bir hak şüpheli veya sanığa öncelikle tanınmalıdır. Bu bir savunma hakkıdır. 147. maddenin (e) bendinde, “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun*” şüpheli veya sanığa bildirileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme, savunma hakkını koruma altına

¹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2005, İstanbul, s. 230; Ayrıntılı bilgi için bkz., Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Temel Kavramalar), 2006, Ankara, s. 455.

almaktadır. Niteliği itibariyle aynı olan bu iki konuda farklı sonuçlara götürecek düzenleme yapmak, sağlıklı sonuçlar vermez. 147. maddenin (e) bendi, esas itibariyle, kişinin kendi aleyhine olabilecek herhangi bir bilgiyi vermeme hakkını düzenlenmektedir. Aynı durum, 75. madde için de geçerli olmalıdır. Çünkü 147. maddenin (e) bendi kapsamında elde edilecek delil bir beyan delilidir. 75. madde kapsamında elde edilecek bilgi ise, bir bulgudur. Ceza Muhakemesinde deliller arasında bir üstünlük derecelendirmesi olmadığı / olamayacağı ilkesini göz önüne aldığımızda, ister beyan delili olsun ister bulgu olsun bütün delillerin eşit nitelikte oldukları bir gerçektir.

Sonuç olarak, 75. maddenin uygulanmasında, sanık veya şüphelinin iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük ya da kan gibi örnekler alınabilmesi için, sanık veya şüphelinin mutlaka özgür iradesinin alınması gerekli görülmelidir. Aksi takdirde, düzenleme bu haliyle, 217. maddenin 2. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir. Yani, anılan fıkra, bir delilin hükme esas alınabilmesi için hukuka uygun şekilde elde edilmesini gerekli görmektedir.

3. 90. maddede, “Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler” düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 2. fıkrasında, kolluk görevlilerinin bir kişiyi yakalayabilmesi için; “Tutuklama veya yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve...” hallerin varlığını gerekli görmektedir. Bu fıkraya göre, kolluk görevlilerinin yakalama yapabilmesi için, işlenmiş olan bir suçun tutuklama veya yakalama emrini düzenlemeyi gerektiriyor mu yoksa gerektirmiyor mu olduğunu bilmesi gerekecek midir? Eğer bu fıkradan, bilmesi gerekecektir gibi bir anlam çıkarılabilecekse ki, çıkarılabilir bu durumda, çözümü zor bir durumla karşı karşıyayız demektir. Mesela, CMK’nın 100. maddesinin 4. fıkrası, “Sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez” şeklindedir. Bu fıkra göz önüne alındığında, bir kişi sadece adli para cezasını gerektiren bir suç işlemesi veya kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suç işlemesi halinde tutuklanamayacaktır. Dolayısıyla, bir adli kolluk görevlisinin, işlenen bu tür suçlar açısından yakalama yapabilmesi için, bütün suçların mahiyetini bilmesi gerekmektedir. Bu alanda gerek öğreti ve gerekse uygulama şeklinde meslekleri gereği uğraş veren kişilerin bile hangi suçların sadece adli para cezasını gerektirdiği veya kısa süreli hapis cezasını gerektirdiğini bilmesi neredeyse imkansızken, adli kolluk görevlilerinin bilmesi beklenemez. “Yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren suç” kavramı oldukça yoruma açık ve

bir o kadar da olumsuz uygulamalara yol açabilecek bir kavramdır. Bu açıdan bakıldığında kolluk görevlileri, istedikleri kişileri “yakalama emri düzenlenmesini gerektirdiği” gerekçesiyle yakalayabilecektir. Bu ise, temel hak ve özgürlükler bakımından elde edilen kazanımlardan geriye adım atmak anlamına gelir. Ancak sorunun çözümü o kadar da kolay değildir. Çünkü ortada bir suç var ve bu suçun faili olabilecek bir zanlı bulunmaktadır. Bize göre, bir kişinin kolluk görevlileri tarafından yakalanabilmesi için, yakalama koruma tedbiri; özü itibariyle tutuklama koruma tedbiri gibi kişi özgürlüğünü kısıtlama özelliğine sahip olduğu için ancak somut belli koşulların varlığı halinde başvurulabilen bir koruma tedbiri olmalıdır. Bu açıdan, tutuklama koruma tedbiri kadar ağır sonuçlar doğurmadığı için, yakalama koruma tedbirine başvurmak için, “yeterli şüphe”nin varlığı gerekli görülmelidir.

4. 91. maddede, “Gözaltı” hali düzenlenmektedir. Gözaltı halinin uygulanması, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, soruşturma yönünden zorunlu olması ve “kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı”na bağlıdır. Özü itibariyle mahkumiyet hükmü kesinleşmeden yani, kişinin suçluluğu bir mahkumiyet hükmü ile kesinleşmeden kişinin özgürlüğünü kısıtlayabilen veya ortadan kaldıracı tutuklama veya yakalama ile aynı olan “gözaltı halinde de”, kişinin gözaltına alınabilmesi için, tutuklama koruma tedbiri kadar ağır sonuç doğurmamasını göz önüne alırsak, en azından aynen yakalama koruma tedbirinde olduğu gibi, “yeterli şüphe”nin varlığı gerekli görülmelidir.

5. 100. maddede, “Tutuklama” hali düzenlenmiştir. Tutuklama koruma tedbiri, kişi hak ve özgürlükleri açısından çok önemli bir özelliğe sahiptir. Gerçekten, diğer koruma tedbirleri ile birlikte tutuklama koruma tedbiri, daha mahkumiyet hükmü kesinleşmeden kişinin özgürlüğünü kısıtlamakta hatta ortadan kaldıracıdır. Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 10 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 3 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilebilmektedir. Bu süre, Ceza Kanunu’nda çok miktarda suç için öngörülen hapis cezasına eşittir. Bu demektir ki, tutuklama koruma tedbirine başvurabilmek için, basit gerekçeler yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, 100. maddenin 1. fıkrasında, tutuklama koruma tedbirine başvurabilmek için, “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması” koşulu aranmaktadır. 100. maddenin ikinci fıkrasında, tutuklama nedenleri arasında, “Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması” sayılmaktadır. Buradaki “baskı yapılması” ifadesi muğlak bir ifadedir.

Özgürlükler alanında muğlak ifade kullanılmasından kaçınılmalıydı. Baskı kelimesi yerine, tehdit veya cebir kelimesi kullanılmalıydı. Çünkü bu terim, Ceza Kanununda yer alan ve Ceza hukuku'nda yerleşmiş bir terimdir. Bu terimlerin yorumu, Ceza Kanunu'nda yer aldığı şekliyle yapılmalıdır. Ayrıca, kanunda yer almamakla birlikte, korumu amaçlı olarak sanık veya şüphelinin hayatı, vücut bütünlüğü, malvarlığı, cinsel dokunulmazlığı ve diğer menfaatleri bakımından cebir veya tehdide maruz kalma tehlikesini göz önüne alarak, bunların da tutuklama nedenleri arasında sayılması hem bu kişilerin kendilerini yaşamsal, vücut bütünlüğü veya başkaca menfaatler açısından kendilerini korumu ve güvende hissetmelerini sağlama açısından yerinde olurdu.

100. maddenin 3. fıkrasında, tek tek suçlar sayılmış ve bu suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığının bulunması, tutuklama nedeni olarak sayılmıştır. Bu fıkra 1. fıkra ile birlikte ele alındığında, düşünce karışıklığına neden olabilmektedir. 1. fıkarda, *“kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı”*ndan bahsedilmekte, 3. fıkarda ise, *tek tek sayılmış bulunan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe nedenlerinin varlığı* gerekli görülmektedir. Bu fıkarda sayılan suçlardan birinden dolayı tutuklama kararı verilebilmesi için, iki tane *“kuvvetli şüphe”* aranacaktır. Aslında, ikinci aranan kuvvetli şüphe aynı zamanda birinci kuvvetli şüphedir. Mesela, 3. fıkarda sayılan suçlardan biri *“Kasten öldürme”* suçudur. Kasten öldürme suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe varlığını gösteren olgular varsa, ayrıca tutuklama sebebi olarak, yine bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe duyulmasını gösteren nedenler olacaktır. Burada, açıkça görülmektedir ki, kasten öldürme suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı halinde, ayrıca bu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığını aramaya gerek yoktur.

102. maddede, *“Tutuklulukta geçecek süre”* düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 10 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 3 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilebilecektir. Bize göre, bu süreler, çok uzundur.² Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına girmeyen suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 6 aya kadar, Ağır ceza mahkemesinin görev alanı kapsamına giren suçlarda zorunlu süre dahil en fazla 3 yıla kadar kişi, özgürlüğünden mahrum edilmelidir.

² Metin Feyzioğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006, s. 53.

6. 116. maddede, “Şüpheli veya sanıkla ilgili arama” konusu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, şüpheli veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya bu kişi veya kişilere ait diğer yerlerin aranabilmesi için, bu kişi veya kişilerin yakalanabileceği ya da suç delillerinin elde edilebileceği hususunda “makul şüphe”nin bulunması gerekmektedir. dikkat edilmelidir ki, yakalama koruma tedbirini düzenleyen 90. maddede, yakalama koruma tedbirine başvurabilmek için, “makul veya yeterli ya da kuvvetli şüphe” hallerinden birinin varlığını gerekli görmediğini, sadece, “Tutuklama veya yakalama emrinin düzenlenmesini gerektiren ve...” hallerin varlığını yeterli gördüğünü halbuki, gözaltı koruma tedbirin de ise, “bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı” yeterli görülmemekte olduğunu ve bunun bir çelişki olduğuna ilişkin eleştirilerimizi o konuya ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik. Bu maddede, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği konusunda makul şüphe varsa, o kişi aranabilecektir. Burada ölçüt, makul şüphe değil, o konuya ilişkin açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, yeterli şüphe olmalıydı.

7. 117. maddede, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi için, üçüncü kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya bu kişi veya kişilere ait diğer yerlerin aranabilmesi için “makul şüphe” aranmayacaktır. Sadece, “aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığı” yeterli görülmektedir. Açıkça görülmektedir ki, arama koruma tedbirinde, şüpheli veya sanıkla üçüncü kişiler arasında, üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüğü aleyhine bir durum yaratılmıştır. Yani, şüpheli veya sanığın hakkı, üçüncü kişiye göre daha fazla korunmaktadır.

Ceza yargılaması işlemlerinde, sanık veya şüphelinin haklarını en üst seviyede korumak adına üçüncü kişilerin hakları göz ardı edilemez. Kişilerin üstünün, konut veya işyerlerinin aranmaması veya özel hayatın ya da hayatın giz alanının korunması en temel hak ve özgürlüklerden biridir. Böyle bir konuda, kişiler arasında ayırım yapmak asla kabul edilemez. Bu ayırım kaldırılarak, her iki maddede de, arama için “yeterli şüphe” ölçütü getirilmeliydi.³

8. 119. maddede, “Arama kararının verilme şekli ve kimlerin verebileceği” düzenlenmiştir. Bu madde ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı’na ulaşılamazsa, kolluk amirlerine yazılı olmak koşuluyla arama emri verme yetkisi verilmiştir. Bu düzenleme ile ar-

³ Recep Gülşen, 5271 Sayılı CMK’da Arama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 90.

tık kolluk görevlilerine daha kolay arama yapma imkanı doğmuştur. Çünkü Cumhuriyet Savcısı'na ulaşamayan hallerde, kolluk amirine başvurulacağı hükmü, oldukça suistimale açık olup, *"içi çok rahat doldurulabilecek boş bir mazeret dilekçesine"* benzemektedir. Gerçekten, bir olayda, şahsi veya siyasi saiklerle hareket eden bir kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığını ve bu nedenle kolluk amirinden yazılı emir aldığını belgeleyebilir. Suçlulukla ve suçluyla mücadelede, asıl yetkili olması gereken kolluk makamları değil, yargısal faaliyetleri yerine getiren makamlar olmalıdır. Kolluk, yargısal makamlara göre siyasi yönü olan ve bu nedenle tarafsız olamayabilen bir teşkilattır. Her zaman, kötü amaçlarla yönlendirilmeye müsaittir. Bu nedenle, arama kararı verecek makamlar arasından kolluk amirleri bulunmamalıdır. Bu konuda yapılması gereken, Cumhuriyet Savcıları'nın sayısını arttırmak, gerekirse çalışma düzenlerinde değişiklik yapmaktır.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, arama yapılabilmesi için, yazılı emrin bulunması zorunluluğu hususudur. Böyle bir koşulun getirilme nedeni hiç kuşkusuz, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalinin önlenmesidir. Ancak şu bir gerçektir ki, uygulamada, kolluk görevlilerine önceden altı imzalı üstü somut olaya göre doldurulabilecek şekilde matbu kağıt verilmektedir. Bu, bir ihtiyacın neticesinden doğmaktadır. Mesela, suçüstü halinde görülen bir kişinin yakalanması amacıyla takip edilmesi üzerine, ilgili şüpheli bir konuta girerse, bu konutun aranması şüphelinin yakalanması veya suç delillerinin elde edilebilmesi için zorunlu bir koruma tedbiridir. Böyle bir durumda, ilgili Cumhuriyet Savcısı'ndan arama için yazılı emrin alınması mümkün değildir. Bu durumda doğabilecek sakıncaları önceden önlemek adına yukarıda bahsettiğim yola başvurulabilmektedir. Bize göre, meşruiyeti sağlamak ve şüphelinin haklarını korumak amacıyla ilgili Cumhuriyet Savcısı'ndan arama emrine ilişkin kayıt'a geçirilmek koşuluyla telefon yoluyla veya diğer teknolojik imkanlar yoluyla da arama emri verilebilmelidir.

9. 134. maddede, *"Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma"* durumu düzenlenmektedir. Söz konusu koruma tedbirine başvurabilmek için, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması gerekli ve yeterli olacaktır. Oysa ki, niteliği ve doğuracağı sonucu itibariyle aynı olan 135. maddenin uygulanabilmesinde, *"suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması"* koşulu getirilmiştir. 135. madde, *"Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"*na ilişkindir. Her iki

madde, ceza yargılamasında delil olma niteliği bakımından aynıdır. Yani, bir suça ilişkin başkaca delil elde etme imkanı yoksa 134. madde gereğince, *“Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kopyalama ve el koyma”* ve 135. madde gereğince, *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”* yöntemlerine başvurularak delil elde edilecek ve bunlar, ilgili suçta kullanılabileceklerdir. Ceza yargılamasının en temel ilkelerinden biri, bütün delillerin eşit değerde olmasıdır. Bir başka ifadeyle, deliller arasında ast-üst derecelendirmesinin olmamasıdır. Bu temel kuralı göz önünde bulundurduğumuz zaman, 134. madde ile 135. madde’ye göre elde edilen deliller aynı eşdeğer nitelikte iken, bu delillerin elde edilmesinde, mesela, 134. maddenin uygulanabilmesi için, *sadece, başka surette delil elde etme imkanının bulunmamasını gerekli ve yeterli görülüp, 135. maddenin uygulanabilmesinde, 134. maddedeki ölçüte ek olarak, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı* gibi, farklı ölçütler getirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk tekniği açısından sıkıntı oluşturabilir. Ayrıca, hem kuvvetli şüphe hem de başka türlü delil ilde etme imkanının bulunmaması kavramı oluşturmaktadır, Çünkü kuvvetli şüphe zaten başka delillerin varlığı ile mümkündür.⁴

Önemli olan bir diğer nokta da, 134. maddenin uygulanması bakımından herhangi bir kişi sınırlaması yapılmazken, 135. maddenin uygulanmasında, 2. fıkra ile, CMK’nın 45. maddesine atıf yapılmak suretiyle, *“Şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınması”* yasaklanmıştır. Ancak, bu fıkra hükmü, 134. maddede uygulanmayacaktır. Yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olup kısaca, bize göre, 135. maddedeki 2. fıkra hükmü, 134. maddede de geçerli olmalıdır. Aynı şekilde, niteliği ve doğuracağı sonuçlar bakımından 134. maddeyle aynı eşdeğerde olan CMK’nın 124/2 ve 126. maddeleri de, 45. maddeye yollama yapıyor.

10. 138. maddede, *“Tesadüfen elde edilen deliller”* konusu düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *“Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma veya kavuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı’na derhal bildirilir”* denilmektedir. Ancak, bu maddede, söz konusu delillerin ceza yargılamasında kullanılabiliş kullanılamayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Hiç kuşkusuz bu madde hükmü, yasak deliller konusuyla ilgilidir. Yasak deliller / huku-

⁴ Mustafa R. Erdem, 5271 Sayılı CMK’da iletişimin Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 100.

ka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, sadece, 148. maddede sayılan yöntemlerle elde edilen delillerden ibaret değildir. 148. madde, sadece, bu yöntemlerden önemli bazılarını düzenlemiştir. Yasak delillerin hükme esas alınmayacağı ise, 217. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ceza yargılaması, bir yandan suçlunun ceza yargılamasında yer alan usul ve kurallara göre yargılanarak bozulan kamu düzenin tesisini ve diğer yandan da kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı dolayısıyla, bu birbirine zıt iki unsurlar arasındaki hassas dengeyi sağlamaya çalışmaktadır.⁵ Gerçekten, bu dengenin sağlanması oldukça zordur. Bu nedenle yasa koyucu, bazen toplumun çıkarını bireyin çıkarına üstün tutmakta bazen de, tam tersi yönde bir eğilim göstermektedir. Bize göre, 138. maddede, bir açıklığın olmaması, bu dengenin sağlanması açısından suistimale açık bir boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle, bu dengenin kişi lehine bozulup, “138. maddeye göre elde edilen delillerin ceza yargılamasında başlangıç şüphesinde kullanılabilmesine (başka suçta yol gösterici)⁶ karşın hükme esas alınmayacağı” şeklinde bir açık hüküm konulmalıydı. Ayrıca, 138 / 2. fıkra açısından bakıldığında, bu yolla elde edilen deliller sadece 135 / 6. fıkradaki suçlar bakımından delil olabilecektir. Diğer suçlar bakımından yasak delil olacaktır.⁷

11. 174. maddede, “İddianamenin iadesi” düzenlenmiştir. Bu madde ilk defa 5271 sayılı kanunla getirilmiş olup amacı; hazırlık soruşturması aşamasının geniş tutulup, dava ile ilgili bütün hazırlıkların eksiksiz tamamlanarak duruşmanın ve dolayısıyla uyuşmazlığın en kısa sürede sağlıklı bir şekilde tamamlanmasını sağlamaktır. Bunun için soruşturma evresinin eksiksiz geçirilmesi gerekir. Bunu sağlamak için ise, soruşturma evresinde bazı önemli hususların dikkate alınmaması halinde mahkemeye 15 günlük bir süre içinde iddianameyi geri gönderme hakkı verilmiştir. Bu hususlar maddenin 1. fıkrasında tek tek sayılmıştır. Bunlardan biri, (b) bendinde, “Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen” iddianamenin iade sebebi sayılmasıdır. Bu fıkra göre mahkeme, iddianamede yer almayan ve fakat söz konusu olayın aydınlatılabilmesi veya kendisi açısından işlenmiş sayılabilmesi için gerekli olan delilleri belirterek iddianameyi iade edebilecektir. Burada mahkemenin “ihsası rey” de bulunduğu söylenebilir mi? Gerçekten mahkeme, “bu uyuşmazlık için şüphelinin kullandığı tabanca ile olay yerinde bulunan boş kovanların birbirini tutup tutmadığı araştırılmamış

⁵ Bahri Öztürk, *Yasak Deliller*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005, s. 131

⁶ Erdem, agm., s. 107

⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2006, Ankara, s. 222.

oysa olayın tek ve en önemli delili budur” diyerek iddianameyi geri gönderrirse, bu durumun açıkça bir *“ihsası rey”* olduğu söylenebilecektir.⁸ Bu fıkranın kaldırılması yerinde olurdu.

12. 201. madde, *“Doğrudan soru yöneltme”* konusunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet Savcısı ile birlikte Avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış kişilere duruşma disiplinine uygun olmak koşuluyla doğrudan soru yöneltebilecektir. Bu düzenleme ile aslında Anglo-Sakson hukukuna has olan çapraz sorguya benzer bir durum yasal hale getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, Ceza Muhakemesi’nin temel gayesi olan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına çelişime yöntemiyle ulaşmayı sağlamaktadır. Fakat bu düzenleme gereği yöneltilecek sorular ve bunlara verilecek cevaplar konusunda bazı ihtimallerin baş göstermesi halinde, nasıl bir çözüm yoluna başvurulacağı açık değildir. Her şeyden önce, avukatın çok kurnazca hazırlamış olduğu bir soruya, sanığın veya tanığın, gerek kendisinin gerekse CMK’nın 45. maddesinde yer alan kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasını başlatabilecek nitelikte bir cevap vermesi halinde, bu cevabı oluşturan beyanın geçerli bir delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı tartışılabilir. Gerçekte, eğer o anki dalgınlığı, boş bulunması hali, çok kurnazca hazırlanmış bir soru olmasaydı ya da bir avukat yardımından yararlanma, soru üzerinde etraflıca düşünme imkanı olsaydı, gerek kendisinin gerekse CMK’nın 45. maddesinde yer alan kişilerin ceza soruşturması veya kovuşturmasını başlatabilecek nitelikte bir cevap vermeyecekti diyebileceği hallerde, böyle bir durum karşısında aniden verilen bir cevabın hukuki değeri ne olacaktır. Bu hallerde verilen ifadeler, geçerli sayılacak mı veya hukuka uygun bir delil olarak değerlendirilip hükme esas alınacak mı? Bize göre, böyle bir durumda, eğer kişi, verdiği ifadeyi 45. madde kapsamında görerek geri almak isterse veya 45. madde kapsamına girdiği açıkça anlaşılırsa mahkeme heyeti veya hakim, söz konusu ifadeleri geri alma hakkı olduğunu, ilgili kişiye bildirmelidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucunda, geri alınmayan ifadeler kullanılabilmelidir. Eğer bildirilmemişse, hükme esas alınmamalı ancak başlangıç şüphesinde kullanılabilmelidir.

13. 223. maddede, *“Duruşmanın sona emesi ve hüküm”* konusu düzenlenmiştir. Söz konu maddede, duruşma sonunda verilecek hükümlerin neler olduğu ve hangi hallerde bu hükümlerin verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre, 2. fıkrada beraat kararının verileceği hallerden

⁸ Feyzioğlu, agm., s. 40.

biri olarak, (c) bendinde, “Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması” hali düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, kast veya taksirin bulunmadığı hallerde beraat kararının verilecektir. Oysa 3. fıkranın (c) ve (d) bentlerinde, kast veya taksir derecesinde kusurun bulunmamasına rağmen, beraat kararı değil “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. “Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi” halinde, beraat kararı değil, “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir. “Hata”nın kusurluluğu etkileyen bir hal olduğudur. Yani, hata olmazsa kişi kusurlu sayılacaktır. Hata, kastı ortadan kaldıran bir haldir. Bu nedenle, hata varsa kast yoktur. Kastın olmaması halinde, 2. fıkranın (c) bendine göre, beraat kararı verilebilmekte iken, burada, “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verileceğinin düzenlenmesi bir çelişkidir. 2. fıkranın (d) bendinde, “Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması” halinden bahsedilmektedir. Bu bent, genel hükümlerle bağlantılı bir düzenleme içermektedir. Ceza Kanunu’nun 1. Kitabı içinde düzenlenen Genel Hükümler içinde, hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, İkinci Bölüm başlığı altında “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında, önceki kanun döneminde öğretideki yazarlar tarafından “hukuka uygunluk” nedenleri olarak adlandırılan durumlar yer almaktadır. Ancak, önceki kanunda açıkça belirtilmese de öğretideki yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan, “hakkın kullanımı, ilgilinin rızası, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” yeni kanunda “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlenmişlerdir. Bu durumda, yargıç hükmünü verirken, “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlen nedenlerden hangisinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu kendisi saptayacaktır. Böyle bir çözüm yolunda ise, hukuki birliğin sağlanmasının güç olacağı açıktır. Çözüm, Genel hükümler kısmında nelerin hukuka uygunluk nedeni, nelerin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler olduğu açıkça düzenlenmelidir. 3. fıkra, “kusurluluğun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” kararının verilebileceği durumlar düzenlenmiştir.

Bu haller;

a. “Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması

b. Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi

nedeniyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,

c. *Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması*

d. *Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi”* şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda 2. fıkraya ilişkin açıklamalarda da izah edildiği gibi, ceza sorumluluğun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk hali, kast ve taksirdir. Bunun dışındaki durumlar, kişiyi, meydana gelen netice açısından sorumlu tutmak, sorumluluğu illiyet bağına göre temellendiren ve objektif sorumluluğu kabul eden orta çağ kilise hukukunun cezalandırma anlayışını ifade eder. Bu açıdan olaya bakıldığı zaman, kast veya taksirin olmaması halinde beraat kararı verilecektir. Ancak bu iki halin dışında olan 3. fıkra halindeki hallerde, kusurun yokluğuna dayanılarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Aslında, 3. fıkradaki bazı durumlarda, kişide kast bulunmamaktadır. Mesela, “*kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halinde*”, hatanın varlığının kabulü için kastın olmaması gerekir.

Sonuç olarak denebilir ki, 2. fıkra da yer alan kast veya taksirin bulunmaması halinde, *beraat kararı* verilmekte iken, 3. fıkra da ise “*kusurun olmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı*” durumlarda da kast bulunmamasına rağmen “*kusurun olmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı*” kararı verilebilecektir. Aynı durumun yokluğu, iki farklı hükme esas teşkil edebilecektir ki, bu, hukuk birliğini sağlanması ve hakkaniyet ilkesinin yerleşmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğurur. 4. fıkranın (b) bendinde, “*İşlenen fiilin haksızlık içeriğini azlığı*” halinde, “*ceza verilmesine yer olmadığı*” kararının verileceği düzenlenmektedir. Hukuk düzenince olumlanıp toplum tarafından benimsenen ve bir norm ile koruma altına alınan değerlerin ihlali, bir haksızlıktır. Haksızlığın derecelendirilmesi nasıl yapılacaktır. Haksızlığın işlenişindeki manevi unsur şekilleri kast ve taksirdir. O halde, kast ve taksirde bir derecelendirme yapılması gerekecektir. Bu derecelendirmeye başlamadan önce, ön kabul olarak, kastın veya taksirin varlığı gereklidir. Kast veya taksirin varlığına rağmen ceza verilmemesi düşünülemez. Çünkü cezalandırmak için temel koşullardan biri kast veya taksirin bulunmasıdır. Ancak, Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında, “*zorunluluk hali*” genel bir ceza sorumluluğunu kaldıran hal, 92. madde ve 147. maddelerdeki zorunluluk hali ise, aynı zamanda hem cezai sorumluluğu kaldırabilmekte hem de azaltabilmektedir. Bir durumun aynı zamanda iki halde değerlendirilebilmesi adalet duygusunu zedeleyecek sonuçlar doğurabilir. Bu maddeler özel hükümler kısmında yer almaktadırlar. Genel

hükümlere göre çözülmesi gerekir. 92. 147. maddelerin işlenebilmesi için, kastın varlığı gerekmektedir. Buradaki kast, artık haksızlık içeriği az olan bir kاستtır. Bir fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kavramı anlaşılması güç bir kavramdır. Fiilin haksızlığı anlaşılabilir ama haksızlık içeriğinin anlaşılması oldukça zordur. Bunları anlamlandırmak için bir *Filozof Yargıç* gerekmektedir

Yapılması gereken, Ceza hukukunun genel mantığından sapılmamalı, bir olayda kast veya taksir varsa kişi cezalandırılmalı, eğer ceza verilmesi yukarıda sayılan hallerde olduğu gibi hakkaniyet açısından kabul edilemez ise çözüm şekli, verilen hükmün para cezasına veya güvenlik tedbirlerine çevrilmesi, zorunlu kılınmalıdır.

14. 255. maddede, “Birden çok fail bulunması halinde uzlaşma”nın yapılacağı durum düzenlenmiştir. Uzlaşma kurumu, Ceza Muhakemesi Hukuku’na 5271 sayılı yasayla getirilmiştir. Burada amaç, hafif nitelikteki suçlar için zaten iş yükü fazla olan mahkemelerin işini daha da arttırmamaktır. Aynı zamanda fail veya failler lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Bu açıdan bakıldığında, genel anlamda bu kurumun getirilmesi yerinde olmuştur. Ancak, 255. madde ile aralarında iştirak ilişkisi bulunsun veya bulunmasın birden çok kişi bir olayda fail olur ise, sadece mağdurun uzlaştığı kişi, uzlaşma kurumundan yaralanabilecektir. Uzlaşma kurumuna, hazırlık soruşturması aşamasında başvurulursa, “kovuşturmaya yer olmadığına” kararı verilecek, dava açıldıktan sonra başvurulursa, “düşme kararı” verilecektir. Bu hükme göre, bir olayda birden çok failin bulunması halinde mağdur, hazırlık soruşturmasında, faillerden biri veya bir kaç ile uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, o kişi veya kişiler açısından, “kovuşturmaya yer olmadığına” karar verilemeyecek, dava açıldıktan sonra, faillerden biri veya bir kaç ile uzlaşmayı kabul etmemesi halinde “düşme kararı” verilemeyecektir. Niteliği itibariyle hemen hemen aynı hukuki etki ve sonuçlara sahip olan Şikayet kurumuyla karşılaştırıldığında, açıkça görülecektir ki, şikayet kurumundaki sirayet kuralı burada geçerli değildir. Çünkü TCK’nin 73. maddesinin 5. fıkrası, “İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkında şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar” şeklindedir. Şikayetten vazgeçilmesi halinde dava, bütün şerikler bakımından düşmekte iken, uzlaşmada, sadece uzlaşılan kişi bakımından düşebilecektir. Yani, mağdura, gerek siyasi gerekse şahsi düşüncelerinden dolayı bir kişiyi uzlaşma kurumundan yararlandırmama hakkı tanınmış olacaktır. Böyle bir sonuç, mağdurları yargılamada tasarruf edebilme imkanına sahip kılacaktır. Oysa Ceza Muhakemesinde tasarruf edilmezlik ilkesi geçerlidir. Mesela bir olayda, eldeki deliller güçlü, dava açıldığı zaman

yüksek bir ihtimalle mahkumiyet hükmünün verilebileceği bir durum varsa, mağdur, istemediği bir kişiye ceza verilmesi imkanını her zaman elinde bulunduracaktır. Böylesine önemli bir konuda kişilere bu imkanın tanınması, toplum barışını bozabilir. Ayrıca, şikayet kurumu, fail lehine bir düzenlemedir. Yani, uzlaşma kurumuyla aynı özellikleri taşımaktadır. Sonuç olarak denebilir ki, uzlaşma kurumunda da, aynı şikayet kurumunda olduğu gibi, uzlaşmada sirayet ilkesi benimsenmelidir. Son olarak, suçtan zarar görenin bir kamu tüzel kişinin olması halinde, uzlaşma yolunun niye kapatılmış anlaşılamamaktadır.

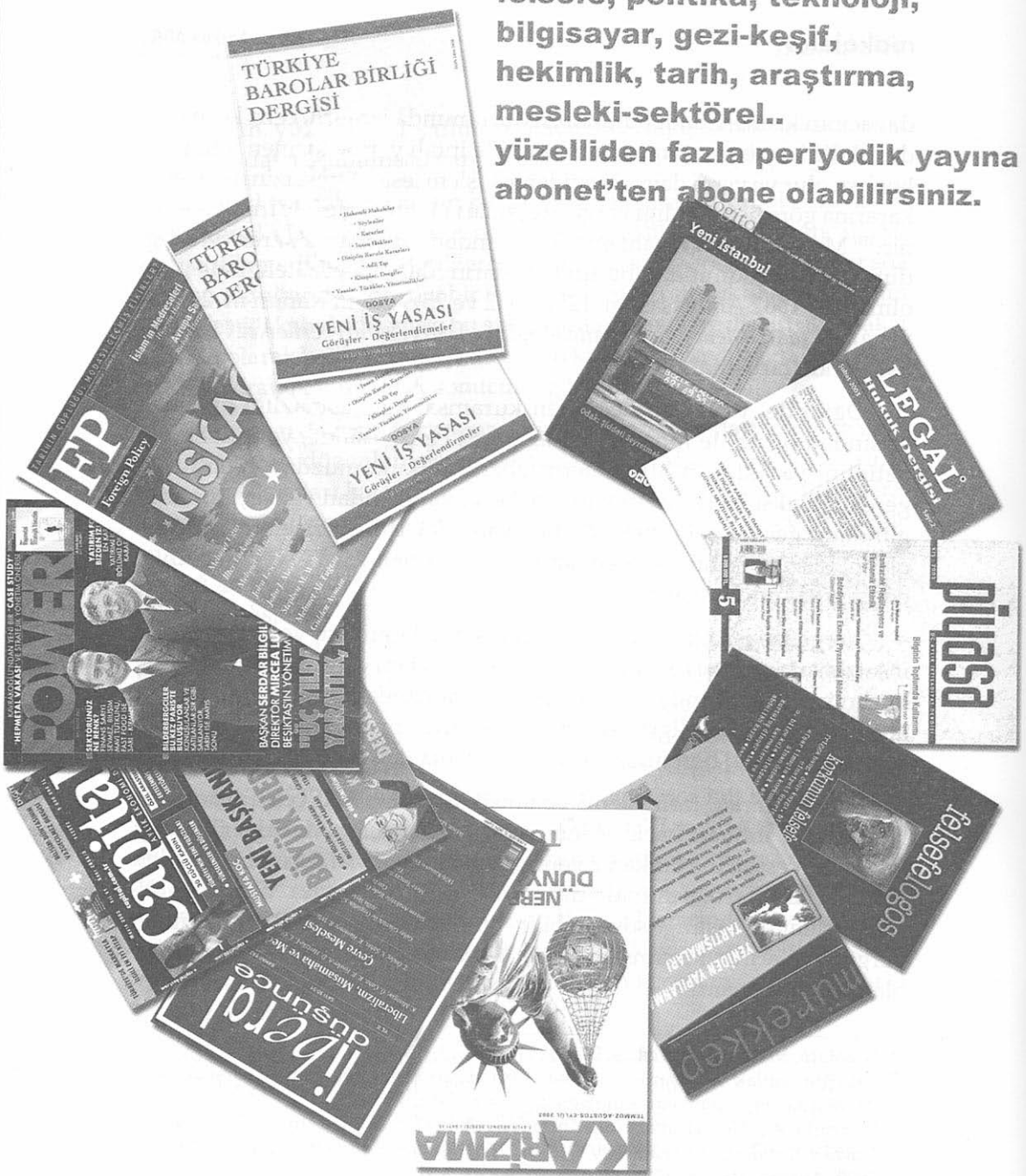
15. 301. maddede, “*Temyizde incelenecek hususlar*” düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında inceleme yapılır*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, temyiz başvurusunda yapılacak incelemeye sınırlama getirilmiştir. Ancak, böyle bir düzenleme, Ceza Muhakemesi Hukuku’nun temel ilkelerinden biri olan, tarafların haklarını korumak koşuluyla “*maddi gerçeğin ortaya çıkartılması*” ilkesiyle bağdaşmamaktadır. İstinaf başvuru yolunun getirilmesi ve bu başvuru yoluyla esastan inceleme yapılacak olması, temyiz kanun yolunun hukukilik denetimi yapan bir kanun yolu olacağı düşüncesiyle böyle bir düzenlemeye gidildiği söylenebilir. Şu anda 1412 sayılı yasanın temyize ilişkin hükümleri geçerliliğini sürdürmekte ve bu hükümler gereğince sadece temyiz ediyorum demek, bütün hukuka aykırılıkların tekrar gözden geçirilmesi için yeterli olmaktadır. Bu imkanın korunması taraflardan hiçbiri için olumsuz sonuç doğurmayacağı gibi, istinaf kanun yolunun getirilmesiyle bir içtihat mahkemesi haline getirilecek olan Yargıtay’ın esastan inceleme yapma imkanına sahip olarak içtihadın daha da gelişmesine olanak sağlayacaktır.

Sonuç olarak denebilir ki, temyiz başvurusunda bulunulması yeterli görülmeli hukuka aykırılıkların belirtilmesi zorunlu kılınmalıdır. Böyle bir kabul, hem uyuşmazlıkların hiçbir şüpheyi yer bırakmayacak şekilde aydınlanması ve böylece toplumsal vicdanın en üst tatmininin sağlanması hem de sanığın ve tarafların haklarının en üst ölçüde korunmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Centel, Nur, ZAFER, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2005, İstanbul.
- Erdem, Mustafa R., *5271 Sayılı CMK'da iletişimin Denetlenmesi*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Feyzioğlu, Metin, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006.
- Gülşen, Recep, *5271 Sayılı CMK'da Arama*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Kavramalar)*, 2006, Ankara, s. 455.
- Öztürk, Bahri, *Yasak Deliller*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2006, Ankara 16.07.2006.

**felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.**

**abonet**

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net